

STAATSCOURANT

Officiële uitgave van het Koninkrijk der Nederlanden sinds 1814.

Nr. 28991

10 september 2015

Advies Raad van State betreffende het ontwerp van een algemene maatregel van bestuur, houdende wijziging van het Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten (vrijstelling windparken en hoogspanningsverbindingen op land)

Nader Rapport

's-Gravenhage, 17 augustus 2015
DGAN-PDJNG / 15101758

Aan de Koning

Nader rapport inzake het ontwerp van een algemene maatregel van bestuur, houdende wijziging van het Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten (vrijstelling windparken en hoogspanningsverbindingen op land)

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 8 mei 2015, nr. 2015000819, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde ontwerp van een algemene maatregel van bestuur rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 15 juli 2015, nr. W15.15.0153/IV, bied ik U hierbij aan.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging in dezen een besluit te nemen, nadat aan haar opmerking over de motivering van de vrijstelling voor hoogspanningsverbindingen aandacht zal zijn geschonken.

Aan het advies van de Afdeling advisering is gevolg gegeven door aanvulling van paragraaf 3 van de nota van toelichting bij het besluit.

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om enkele kleine wijzigingen door te voeren:
a. in verband met de ingevolge artikel 103 van de Flora- en faunawet geldende nahangprocedure is in artikel II van het besluit bepaald dat de inwerkingtreding van het besluit geschiedt op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip;
b. in het besluit en de nota van toelichting zijn enkele redactionele verbeteringen doorgevoerd.

Ik moge U hierbij het gewijzigde ontwerpbesluit en de gewijzigde nota van toelichting doen toekomen en U verzoeken overeenkomstig dit ontwerp te besluiten.

De Staatssecretaris van Economische Zaken,
S.A.M. Dijksma.



Advies Raad van State

No. W15.15.0153/IV
's-Gravenhage, 15 juli 2015

Aan de Koning

Bij Kabinetsmissive van 8 mei 2015, no.2015000819, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Economische Zaken, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het ontwerpbesluit houdende wijziging van het Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten (vrijstelling voor windparken en hoogspanningsverbindingen op land), met nota van toelichting.

Het ontwerpbesluit vergemakkelijkt ontheffingverlening op grond van de Flora- en faunawet voor windparken en hoogspanningsverbindingen op land, zodat de doelstellingen uit het Energieakkoord voor duurzame groei (hierna: 'Energieakkoord') beter gerealiseerd kunnen worden.[1] Daartoe vult het ontwerpbesluit het Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten[2] (hierna: het Besluit) aan met een vrijstelling van het verbod op het doden, verwonden, vangen of bemachtigen van dieren, bedoeld in artikel 9 van de Flora- en Faunawet (hierna: het verbod).

De Afdeling advisering van de Raad van State adviseert het ontwerpbesluit vast te stellen, maar heeft een opmerking over de motivering van het ontwerpbesluit. In de toelichting dient de wenselijkheid van de vrijstelling voor hoogspanningsverbindingen zelfstandig gemotiveerd te worden.

De voorgestelde vrijstelling van het verbod is van toepassing op windparken en daarnaast op hoogspanningsverbindingen, ook waar deze niet aan windparken gerelateerd zijn. De in de toelichting vermelde argumenten voor de wenselijkheid van de vrijstelling en de rechtvaardiging daarvan in het kader van de Flora- en faunawet hebben echter alle betrekking op windparken en de rol die deze hebben in het realiseren van de doelen van het Energieakkoord. Daarbij verwijst de toelichting naar belangen, genoemd in het Besluit die met de doelstellingen van het Energieakkoord gediend zijn.[3] Het is niet op voorhand duidelijk dat deze zelfde belangen evenzeer aan de orde zijn bij een vrijstelling van het verbod met betrekking tot hoogspanningsverbindingen, in het bijzonder waar deze niet gerelateerd zijn aan windparken. Voorts wordt in paragraaf 3 van de toelichting verwezen naar een EU Guidance, waarin de Europese Commissie zou hebben aangegeven dat de aanleg en exploitatie van windparken en hoogspanningsverbindingen onder de bovengenoemde belangen vallen. Het onderdeel van de Guidance waarnaar de toelichting verwijst heeft echter alleen betrekking op windparken.[4]

De Afdeling adviseert de toelichting aan te vullen met een zelfstandige motivering van de vrijstelling ten aanzien van hoogspanningsverbindingen.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging in dezen een besluit te nemen, nadat aan het vorenstaande aandacht zal zijn geschonken.

De vice-president van de Raad van State,
J.P.H. Donner.

[1] Kamerstukken II 2012/13, 30 196, nr. 202.
[2] Stb. 2002, 525.
[3] Nota van toelichting, paragraaf 3, eerste tekstblok. Hier worden de belangen aangehaald, genoemd in artikel 2, derde lid, onderdelen d en e van het Besluit vrijstellingen beschermde dier- en plantensoorten, namelijk: d. de volksgezondheid of openbare veiligheid en e. dwingende redenen van groot openbaar belang, met inbegrip van redenen van sociale of economische aard en voor het milieu wezenlijk gunstige effecten.
[4] Voetnoot 5 in de nota van toelichting verwijst naar blz. 18 van de *EU Guidance on wind energy development in accordance with the EU nature legislation.*



Tekst zoals toegezonden aan de Raad van State: Wijziging van het Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten (vrijstelling windparken en hoogspanningsverbindingen op land)

Wij Willem-Alexander, bij de gratie Gods, Koning der Nederlanden, Prins van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Op de voordracht van de Staatssecretaris van Economische Zaken van 30 april 2015, nr. 15058315;

Gelet op artikel 75, eerste lid, van de Flora- en faunawet;

De Afdeling advisering van de Raad van State gehoord (advies van ....., nr. ...);

Gezien het nader rapport van de Staatssecretaris van Economische Zaken van ......, nr. ...;

Hebben goedgevonden en verstaan:

ARTIKEL I

Aan hoofdstuk 3 van het Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten wordt na artikel 16g een artikel toegevoegd, luidende:

Artikel 16ga

Het verbod, bedoeld in artikel 9 van wet, geldt niet ten aanzien van het niet-opzettelijk doden, verwonden, vangen of bemachtigen van dieren, behorende tot beschermde inheemse diersoorten als bedoeld in artikel 4 van de wet, indien die handelingen verband houden met de aanleg of exploitatie van:
a. voorzieningen waarmee elektriciteit met behulp van wind wordt geproduceerd of
b. hoogspanningsverbindingen.

ARTIKEL II

Dit besluit treedt in werking met ingang van de dag na uitgifte van het Staatsblad waarin het wordt geplaatst.

Lasten en bevelen dat dit besluit met de daarbij behorende nota van toelichting in het Staatsblad zal worden geplaatst.

De Staatssecretaris van Economische Zaken,

NOTA VAN TOELICHTING

1. Inleiding

De aanleg en exploitatie van windparken en hoogspanningsverbindingen is van belang voor de realisering van de doelstellingen van het ‘Energieakkoord voor Duurzame Groei’ (verder: Energieakkoord).[1] In het wetsvoorstel ‘Windenergie op zee’ (Kamerstukken II 2014/15 34 058, nr. 2) is voorzien in een specifiek regime voor de aanleg en exploitatie van windparken op zee. In dat wetsvoorstel is bepaald dat een ontheffing van het verbod op het doden van dieren nodig is in situaties waarin sprake is van het opzettelijk doden van dieren. Dit met inbegrip van voorwaardelijk opzet. Hiermee volgt dat wetsvoorstel het door de Europese Unie voorgeschreven beschermingsregime voor vogels en andere diersoorten, opgenomen in de Vogelrichtlijn[2] en de Habitatrichtlijn.[3] Voor de aanleg en exploitatie van windparken en hoogspanningsverbindingen op land is ontheffing vereist van het verbod op het doden van dieren van beschermde soorten van artikel 9 van de Flora- en faunawet. Dat verbod is in die wet niet alleen van toepassing in situaties waarin sprake is van opzet, maar ook daarbuiten. De Flora- en faunawet is op dit punt strenger dan de genoemde richtlijnen.

Om de doelstellingen uit het Energieakkoord te realiseren is het wenselijk dat ook voor windparken op land zo veel mogelijk het in de richtlijnen voorgeschreven regime komt te gelden, zodat de ontheffingverlening voor de realisatie en exploitatie van windparken en hoogspanningsverbindingen gemakkelijker doorgang kan vinden. Deze algemene maatregel van bestuur voorziet hierin.

2. Wettelijk kader

Artikel 5 van de Vogelrichtlijn verplicht lidstaten ertoe de nodige maatregelen te nemen om een algemene regeling voor de bescherming van alle natuurlijk in het wild levende vogelsoorten in te voeren. De bescherming van de Vogelrichtlijn omvat onder andere verboden op het opzettelijk vangen, doden en verstoren van vogels en op het opzettelijk beschadigen of vernielen van nesten en eieren. Artikel 12 van de Habitatrichtlijn vereist dat lidstaten een systeem vaststellen voor de strikte bescherming van de soorten, genoemd in bijlage IV bij de richtlijn. Tot het beschermingssysteem behoren in ieder geval verboden op het opzettelijk doden, vangen of verstoren van deze soorten, alsmede het beschadigen of vernielen van vaste voortplantings- of rustplaatsen.
Artikel 9 van de Vogelrichtlijn en artikel 16 van de Habitatrichtlijn geven limitatief aan onder welke voorwaarden afgeweken kan worden van de verbodsbepalingen. Lidstaten mogen onder voorwaarden inbreuken op de genoemde verboden toestaan als er geen ander bevredigend alternatief is en er geen afbreuk wordt gedaan aan de gunstige staat van instandhouding van de beschermde soorten. Afwijkingen mogen voorts uitsluitend worden toegestaan als deze gerechtvaardigd kunnen worden op grond van een in de richtlijnen aangewezen belang, zoals bijvoorbeeld volksgezondheid en openbare orde.

Artikel 9 van de Flora- en faunawet (hierna: de wet) voorziet in de implementatie van artikel 5 van de Vogelrichtlijn en artikel 12 van de Habitatrichtlijn. Volgens dit artikel is het verboden dieren, behorende tot een beschermde inheemse diersoort, te doden, te verwonden, te vangen, te bemachtigen of met het oog daarop op te sporen. Anders dan de bepalingen van de Vogel- en Habitatrichtlijn, bevat artikel 9 geen opzetsvereiste. Uit vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) volgt dat met elke doding van een dier, daargelaten of die doding voorzienbaar dan wel incidenteel is, het verbod op het doden wordt overtreden.[4]
Op grond van artikel 75, eerste lid, van de wet kan bij algemene maatregel van bestuur vrijstelling worden verleend van het verbod op het doden van dieren van een beschermde soort. Het vijfde lid van voornoemde bepaling vereist dat vrijstelling alleen mag worden verleend indien geen afbreuk wordt gedaan aan een gunstige staat van instandhouding van de soort. Het zesde lid van voornoemd artikel vereist dat vrijstelling alleen mag worden verleend wanneer geen andere bevredigende oplossing bestaat – voor zover hier aan de orde – met het oog op bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen belangen. Deze belangen zijn aangewezen in artikel 2, derde lid, van het Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten. Hierin is onder meer het belang genoemd van volksgezondheid of openbare veiligheid (onderdeel d) of dwingende redenen van groot openbaar belang, met inbegrip van redenen van sociale of economische aard en voor het milieu wezenlijk gunstige effecten (onderdeel e).

---

[1] Kamerstukken II 2012/13 30 196, nr. 202.
[2] Richtlijn 2009/147 van het Europees parlement en de Raad van 30 november 2009 inzake het behoud van de vogelstand (PbEU 2010, L 20).
[3] Richtlijn 92/43/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna (PbEG 1992, L 206).
[4] Zie bijvoorbeeld de uitspraak van 18 februari 2015 (zaaknummer 201402971/1/A3).

3. Vrijstelling voor windparken en hoogspanningsverbindingen

De oprichting en exploitatie van windmolens en hoogspanningsleidingen betekent per definitie dat er een risico is dat artikel 9 van de wet wordt overtreden, ingeval van aanvaring van deze dieren met windparken en hoogspanningsverbindingen, waar het verbod in dit artikel blijkens de uitleg van de Afdeling ook ziet op incidentele, niet opzettelijke doden. Dat geldt temeer nu de aanleg en exploitatie van windparken en hoogspanningsverbindingen met het oog op efficiency, het beperken van overlast aan omwonenden en veiligheid bij voorkeur geschiedt in de schaarse, relatief lege en weidse ruimten in Nederland, en niet direct in de buurt van bebouwing. Deze gebieden dienen vaak tevens als vliegroute voor vogels en vleermuizen. Gegeven het huidige strikte kader van artikel 9 van de wet is ontheffingverlening voor windmolenparken en hoogspanningsverbindingen geen sinecure, in het bijzonder omdat toetsing op effecten van niet voorziene, incidentele doding van bepaalde vogels of vleermuizen niet goed mogelijk is. Hierdoor bestaat het risico van vertraging van de realisatie van de doelstellingen uit het Energieakkoord. Dat het bij deze doelstellingen gaat om belangen als bedoeld in artikel 9 van de Vogelrichtlijn, artikel 16 van de Habitatrichtlijn en artikel 2, derde lid, onderdelen d en e, van het Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten staat buiten kijf. De Europese Commissie heeft aangegeven dat de aanleg en exploitatie van windparken en hoogspanningsverbindingen onder deze belangen vallen, omdat deze installaties een belangrijk onderdeel van de maatregelen om de Europese en nationale doelstellingen van duurzame energie en leveringszekerheid verwezenlijken.[5] Tegelijk is duidelijk dat er geen bevredigende alternatieven zijn waarbij aanvaringsslachtoffers kunnen worden voorkomen, althans verder kunnen worden beperkt dan thans al het geval is. Tegen deze achtergrond voorziet het onderhavige besluit in een nieuw artikel 16ga van het Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten in een vrijstelling.

Met de vrijstelling wordt het verbod van artikel 9 van de wet buiten toepassing gelaten, voor zover dat verbod meer handelingen verbiedt dan verplicht is op grond van artikel 5 van de Vogelrichtlijn en artikel 12 van de Habitatrichtlijn. Dit komt erop neer dat alleen opzettelijk handelen nog strafbaar is. De grens tussen opzettelijk en niet-opzettelijk handelen is afhankelijk van de geschatte kans dat dieren gedood of verwond worden. Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt immers dat onder het begrip ‘opzettelijk’ in de zin van de Vogel- en Habitatrichtlijn ook voorwaardelijk opzet valt.[6] Handelen met voorwaardelijke opzet ten aanzien van bijvoorbeeld het doden van dieren houdt in dat iemand zich willens en wetens de geenszins te verwaarlozen kans aanvaardt dat er dieren worden gedood.

De vrijstelling doet geen afbreuk aan de gunstige staat van instandhouding van dieren van beschermde soorten. Om te bepalen of afbreuk wordt gedaan aan de gunstige staat van instandhouding wordt de door het Hof van Justitie van de Europese Unie aangedragen en door het ORNIS-comité geformuleerde 1% mortaliteitsnorm gehanteerd. Indien het verwachte aantal additionele slachtoffers lager is dan 1% van de natuurlijke sterfte van de soort, dan gaat het om een kleine hoeveelheid die geen nadelige invloed heeft op de instandhouding. Voor het verlenen van de ontheffing heeft de Afdeling in haar uitspraak van 18 februari 2015 bevestigd dat de staatssecretaris het 1%-criterium mag toepassen.[7] Het verwachte aantal slachtoffers per diersoort blijft ruim onder het 1%-criterium. Hierbij is in acht genomen dat bij de aanleg van windparken en hoogspanningsverbindingen maatregelen worden genomen om de kans op aanvaringen zo klein als mogelijk te maken en dat bij bestaande windparken en hoogspanningsverbindingen het 1%-criterium niet werd overschreden.

Voor opzettelijk handelen, waaronder begrepen voorwaardelijke opzet, blijft de Flora- en faunawet van toepassing. Waar de werkzaamheden met betrekking tot de bouw en exploitatie van het windpark leiden tot overtreding van in die wet opgenomen verboden, kan de Minister van Economische Zaken, met inachtneming van de kaders van de Vogel- en Habitatrichtlijn, ontheffing verlenen. De aanvrager van een ontheffing zal in zijn aanvraag van een ontheffing moeten onderbouwen wat de kans is op het doden van dieren, onder andere op basis van de binding van een soort met het gebied en het gedrag van de soort, bijvoorbeeld de ligging van trekroutes en gebruikelijke vlieghoogte.
Doordat het verbod op doden alleen nog geldt voor opzettelijke doding is overtreding daarvan op grond van artikel 2 van de Wet op de economische delicten een misdrijf. Daarnaast zijn de instrumenten voor bestuursrechtelijke handhaving strekkend tot het toepassen van bestuursdwang, het opleggen van een last onder dwangsom alsmede het intrekken van de ontheffing van toepassing op overtreding van artikel 9 van de Flora- en faunawet.

---

[5] *EU Guidance on wind energy development in accordance with the EU nature legislation*, p. 18.
[6] Zaak C-103/00 (Commissie tegen Griekenland), r.o. 36, 39 e.v.
[7] Dit criterium is geformuleerd ter beoordeling van de stand van vogelpopulaties. De Afdeling ziet in hetgeen is aangevoerd echter geen grond voor het oordeel dat het criterium, bij het ontbreken van een ander wetenschappelijk gefundeerde maatstaf, niet ook kan worden gebruikt om te bepalen of, gelet op de te verwachten aantallen vleermuisslachtoffers door windturbines, afbreuk wordt gedaan aan de gunstige staat van instandhouding van de betreffende soorten.



4. Regeldrukeffecten

De vrijstelling die in deze regeling is vastgelegd heeft geen invloed op de regeldruk en op uitvoeringkosten. Ingeval een niet-verwaarloosbare kans bestaat dat bepaalde vogels of vleermuizen worden gedood, hebben initiatiefnemers van windparken en hoogspanningsverbindingen op land nog steeds ontheffing nodig. De kosten voor een ontheffingsvraag zijn gelijk gebleven. De regeldrukeffecten van deze ontheffingsaanvraag zijn beschreven in de Rapportage 'Regeldruk Wet natuur'.[8] De algemene maatregel van bestuur biedt duidelijkheid door het vrijstellen van incidentele, niet-voorzienbare doding van het verbod van artikel 9 van de flora- en faunawet. De uitkomsten van de beoordeling van de aanvraag zijn daardoor op voorhand beter in te schatten. Hierdoor is er minder tijd nodig om een aanvraag in te dienen maar het kost het bevoegd gezag tegelijkertijd ook minder tijd om tot een beoordeling te komen. De doorlooptijd wordt verkort waardoor de initiatiefnemer sneller de procedure doorloopt. Dit heeft als uitkomst dat windparken en hoogspanningsverbindingen sneller gerealiseerd kunnen worden.

5. Inwerkingtreding

Dit besluit treedt in werking met ingang van de dag na uitgifte van het Staatsblad waarin het wordt geplaatst. Door het huidige strikte kader van artikel 9 van de wet is ontheffingverlening voor windmolenparken en hoogspanningsverbindingen geen sinecure. Met artikel 16ga kan direct na inwerkingtreding van dit besluit van de vrijstelling gebruik worden gemaakt. Het risico op vertraging van de realisatie van de doelstellingen uit het Energieakkoord wordt op die manier ondervangen.

De Staatssecretaris van Economische Zaken,

[8] Bijlage bij *Kamerstukken II* 2011/12, 33 348, nr. 3.